



DENISE CRISTINA DOS SANTOS FERNANDES RAMOS

LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS

BRASÍLIA
2012

DENISE CRISTINA DOS SANTOS FERNANDES RAMOS

LIBERDADE PROVISÓRIA NO TRÁFICO DE DROGAS

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Prof. George Lopes Leite

BRASÍLIA
2012

Dedico o presente trabalho aos meus pais Valdevino e Maria de Lourdes, pelo amor e carinho, propulsores da minha educação. À Patrícia, minha irmã, companheira e confidente de todas as horas. Ao meu esposo, Cristiano, pela confiança depositada em mim, pelo apoio incondicional durante a minha trajetória acadêmica e por me dizer, tantas vezes, que ao final tudo daria certo. Aos meus filhos Camila e Arthur fontes da minha inspiração e dedicação. Foi com o apoio de todos vocês que eu consegui... Eu consegui!!! Obrigada por tudo!

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos ao professor George Leite, meu orientador, a quem dedico eterna gratidão pela serenidade e paciência com que conduziu o desenvolvimento desta pesquisa, pelo incentivo em buscar o conhecimento e aperfeiçoamento. Muito Obrigada!

A liberdade não é um luxo dos tempos de bonança; é, sobretudo, o maior elemento de estabilidade das instituições”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho, a partir da análise dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito penal, abordará acerca da possibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins, cuja vedação vem disposta no art. 44 da lei 11.343/2006, bem como a inovação trazida pela lei 11.464/2007 que alterou a lei dos crimes hediondos no que diz respeito a possibilidade de liberdade provisória, analisando para tanto os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Serão analisada o instituto da liberdade provisória, as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal e a temática referente a constitucionalidade do art. 44 da atual lei de drogas. Ainda, a resolução nº 5 do Senado Federal e a decisão da Suprema Corte com relação a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito aos acusados da prática do crime disposto no art. 33 § 4º da lei de drogas.

Palavras-chaves: Princípios. Liberdade Provisória. Lei de drogas. Fundamentação. Constituição Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL	11
1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	12
1.2 Princípio da Presunção de Inocência.....	13
1.3 Princípio da Proporcionalidade	15
1.4 Princípio da Subsidiariedade	17
1.5 Princípio da Individualização da Pena	18
1.6 Princípio da Posterioridade.....	19
2 DA LIBERDADE PROVISÓRIA.....	21
2.1 Das modalidades de Liberdade Provisória.....	23
2.1.1 Liberdade Provisória sem fiança	24
2.1.2 Liberdade provisória com fiança	25
2.2 Das medidas cautelares diversas da prisão.....	26
3 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/2006	33
3.1 Da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos	39
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca, com base nos princípios consagrados pela Constituição, abordar, de forma crítica, o cabimento ou não da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, dispostos na Lei 11.343/2006. Trata-se de matéria que causa interesse e polêmica no ambiente jurídico. Há muita divergência doutrinária e jurisprudencial a cerca do tema. É comum decisões judiciais que decretam prisão preventiva ou não concedem liberdade provisória com base tão somente na vedação constante no art. 44 da referida lei. No ordenamento jurídico brasileiro a liberdade encontra-se assegurada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVI, que assim dispõe: “Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Dessa forma, só será admitida a prisão processual, se preenchidos os requisitos legais.

O objetivo do presente trabalho é mostrar a inconstitucionalidade do art. 44 da lei 11.343/2006, bem como a imperiosa necessidade de mudança da atual legislação que versa sobre droga. Para tanto será feita uma análise dos princípios constitucionais que guardam relação com a problemática apresentada, bem como a apreciação do instituto da liberdade provisória, das medidas cautelares diversas da prisão dispostas no art. 319 do Código de Processo Penal e exame de decisões judiciais sobre a possibilidade ou não da concessão de liberdade provisória aos acusados da prática do crime de tráfico de drogas.

Será analisada a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), e a Lei 11.464/07 que deu nova redação a esta lei, suprimindo expressamente a vedação de concessão de liberdade provisória aos referidos crimes. Porém, a lei 11.343/11, atual Lei de drogas, manteve a proibição de liberdade provisória quanto ao crime de tráfico, vislumbrando assim, uma sucessão de leis no tempo, onde a lei posterior (11.464/07) mostrou se incompatível com o art. 44 da lei anterior, qual seja, lei 11.343/11, levando os doutrinadores e operadores do direito a discutirem sobre a problemática ora apresentada.

O trabalho encontra-se dividido em três capítulos. Inicialmente serão abordados os princípios constitucionais aplicáveis ao direito penal. Começando pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Posteriormente o princípio da presunção de inocência que tem seu fundamento no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória”. Em seguida, o princípio da proporcionalidade que prevê que a pena aplicada deve ser proporcional ao delito praticado. Logo após o princípio da subsidiariedade, que não se encontra expressamente disposto na Constituição, mas deverá ser invocada para assegurar que o direito penal seja invocado em último caso na solução dos conflitos. Por fim, os princípios da individualização da pena, disposto no art. 5º, XLVI da Constituição Federal e o da posteridade disposta na Lei de Introdução do Código Civil e funciona como forma de solução, em virtude das alterações que ocorrem na legislação.

No segundo capítulo será feita uma breve abordagem sobre o instituto da liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro, seu conceito, características e modalidades de liberdade provisória, partindo para a análise das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do CPP, acrescentadas pela lei 12.403/12 e o direito do acusado a liberdade provisória. Enfocando as modalidades de liberdade provisória: com fiança e sem fiança.

Analisar-se á no terceiro capítulo, onde se concentra o ponto central do presente estudo, o artigo 44 da Lei 11.343/06, que veda expressamente a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de tráfico de drogas, levando em consideração a Lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos) e a lei 11.437.07 de possibilitou a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos, gerando desconforto doutrinário e jurisprudencial quanto ao cabimento ou não de tal benefício aos acusados pela prática de tráfico, prevista no artigo 44 da lei 11.343/06.

Além disso, a recente resolução promulgada pelo Senado Federal, reafirmando o entendimento do Supremo que permite a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, caso a privação da liberdade do acusado não seja a medida cabível a ser tomada pelo magistrado, após análise das particularidades do caso.

É de suma relevância encontrar uma solução para esta questão tendo em vista que há no Brasil diversas pessoas com a liberdade cerceada em virtude da vedação legal, sem, contudo seja feita uma ponderação dos valores envolvidos, tão pouco haja fundamentação do magistrado para a prática de tal ato, mas simples indicativo do dispositivo legal.

1 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL

Neste primeiro capítulo será feita uma abordagem sobre os princípios constitucionais que guardam relação com o direito fundamental da liberdade do ser humano, considerado bem jurídico que goza de especial proteção da Carta Magna. “Os princípios são considerados, na ciência jurídica, como as normas gerais mais abstratas, que servem de norte e de observação obrigatória para a criação do sistema normativo” (GRECO, 2005, p. 56). Cabe destacar que:

“Com efeito, o Direito Penal moderno encontra seus principais limites nos direitos e garantias individuais fundamentais, haja vista o papel de limitador do poder estatal que desempenham os mencionados direitos”. (DESTEFENNI, 2004, p. 40)

É importante mencionar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no “Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais” vários princípios que visam assegurar a liberdade, bem como resguardar o indivíduo contra as práticas abusivas do Estado, haja vista que no ordenamento jurídico brasileiro a restrição da liberdade, mediante proibição penal, não deve constituir a regra a ser adotada indistintamente pelos magistrados. Assim, as normas penais que visam restringir a liberdade do cidadão devem ser interpretadas restritivamente e em conformidade com os princípios constitucionais. A esse respeito, a doutrina afirma:

“Poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito penal de um Estado Social e Democrático de Direito. Todos esses princípios são de garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1.988”. (BITENCOURT, 2010, p. 40)

Ademais, a Carta Magna, em seu art. 5º, § 2º, assevera que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Posto isso, percebe-se que no

ordenamento jurídico os princípios representam uma garantia ao indivíduo frente ao poder estatal.

Reconhece a doutrina:

“Os princípios espargem claridade sobre o entendimento das questões jurídicas, por mais complicadas que estas sejam no interior de um sistema de normas”. “E a juridicidade dos princípios atravessa três fases distintas, quais sejam a jusnaturalista¹, que é considerada a mais remota, a positivista², onde os princípios são tratados como fonte normativa subsidiária, não se sobrepondo a lei e a pós-positivista³, onde os princípios passam a ser tratados como direito”. (BONAVIDES 2011, p. 259)

Nessa mesma perspectiva, “o ordenamento jurídico constitui um sistema lógico e coordenado, imantados por princípios, cuja meta é assegurar a coerência na aplicação das normas de diversas áreas do Direito” (NUCCI, 2010, p.35). Tal enunciado, nos leva a crer que o magistrado ao proferir uma decisão, recorra aos princípios para fundamentá-la e afim de que não incorra em nenhum arbítrio. Não bastasse, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁴ temos que quando a lei não tratar sobre determinada matéria, o magistrado decidirá o caso com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito.

1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

É base dos demais direitos constitucionais, desse modo, os arts. 5º (Dos direitos e garantias Fundamentais), 6º (Dos Direitos Sociais), 7º (Dos Direitos Sociais), 197 (Da Ordem social), dentre outros da Constituição Brasileira, promovem a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado a implementação de políticas públicas visando à efetivação de tal princípio. Dessa forma, “não é uma concessão do Estado, mas corolário da soberania popular.” (DESTEFENNI, 2004, p. 40)

¹ Teoria que postula a existência de um direito cujo conteúdo é estabelecido pela natureza.

² Positivismo nega à ciência qualquer possibilidade de investigar a causa dos fenômenos naturais e sociais, considerando este tipo de pesquisa inútil e inacessível, voltando-se para a descoberta e o estudo das leis

³ Pós-positivistas defendem a ideia de que o conhecimento humano não é baseado no incontestável, em bases pétreas, mas em hipóteses. Sendo o conhecimento humano inevitavelmente hipotético, a afirmação de suas suposições está assegurada ou, mais especificamente, justificada por uma certas garantias, as quais podem ser alteradas ou descartadas no decorrer de novas investigações.

⁴ Art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e o princípios gerais de direito.

Pelo exposto se vê que a Constituição Federal ao considerar o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental em contrapartida estabelece mecanismos para que ocorra a concretude de tal princípio. Nas palavras de Beccaria:

“O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder o poder estatal”. (BECCARIA, 1991, p. 316)

A doutrina assim se refere ao princípio da dignidade da pessoa humana:

“O Estado democrático de Direito e social deve consagrar e garantir o princípio dos direitos fundamentais, abstendo-se de práticas a eles lesivas, como também propiciar condições para que sejam respeitados, inclusive com a eventual remoção de obstáculos à sua total realização”. (REGIS PRADO, 2011, p. 144)

“Pela primeira vez, na história brasileira, uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema de direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial de dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se consequentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto”. (CITTADINO, 2009, p. 13)

Dessa forma, o princípio em análise surge para proteger o indivíduo, viabilizando uma vida com dignidade, não realizando somente a sua vontade, mas também buscando o bem estar do próximo. É oportuno destacar que é “[...] uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão frequentes à sua dignidade”. (PELEGRINI, 2004, p. 05).

1.2 Princípio da Presunção de Inocência

Também chamado de princípio da não culpabilidade. O seu fundamento legal está previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal:

“Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

O ordenamento jurídico brasileiro incorporou o presente princípio em virtude da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU que em seu art. XI dispõe:

“Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso”. (MELLO, 2003, p. 66).

No mesmo sentido, o Pacto de San Jose da Costa Rica estabeleceu em seu art.8º, § 2º: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito de que se presuma sua inocência, enquanto não comprove legalmente sua culpa [...]”. (MELLO, 2003, p. 120)

No mesmo sentido, outro autor, assevera:

“As prisões decretadas anteriormente à condenação, que numa visão mais radical do princípio nem sequer poderiam ser admitidas, encontram justificação apenas na excepcionalidade de situações em que a liberdade do acusado possa comprometer o regular desenvolvimento e a eficácia da atividade processual”. (GOMES, 1991, p. 65)

De todo modo “o princípio da presunção de inocência não passa de um desdobramento lógico e adequado ao respeito pela dignidade da pessoa humana, não se devendo considerar culpado alguém ainda não definitivamente julgado”. (NUCCI, 2010, p. 47)

A partir da análise deste princípio, é correto afirmar que uma determinada pessoa que esteja sendo acusada da prática de um crime, seja ele hediondo ou não, é presumida inocente até que seja condenada e que tal sentença transite em julgado. Esse princípio tem a finalidade proteger a liberdade pessoal do

indiciado ou acusado que muitas vezes, se vê privado de sua liberdade em virtude de decisão judicial que decreta a prisão preventiva.

1.3 Princípio da Proporcionalidade

O princípio em análise, também denominado de princípio da proibição de excesso, é considerado um princípio implícito, haja vista não se encontrar expresso na Constituição Federal. Mougénot define como sendo princípios implícitos “[...] aqueles, que embora não expressamente formulados nas leis, extraem-se intelectualmente das proposições normativas existentes na ordem jurídica, interpretando-as como um conjunto coerente”. (MOUGENOT, 2011, p. 68)

As raízes históricas deste princípio remontam à Antiguidade, já nas obras “Do Espírito das Leis”, de Montesquieu⁵ e “Dos Delitos e das Penas”⁶. Este último, na referida obra, no § XLVIII afirma que para a pena não ser um ato de violência contra o indivíduo, ela deve ser, de modo essencial, pública, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias mencionadas, proporcional ao delito e determinada pela legislação. (BECCARIA, 1991)

Assim, considera-se que foi na obra de Beccaria que

“o princípio da proporcionalidade se afirmou como um verdadeiro pressuposto penal, uma vez que o autor considerava que as penas previstas na lei deveriam ser proporcionais aos delitos e também ao dano que o indivíduo tenha causado à sociedade”. (REGIS PRADO, 2011, p. 150)

Beccaria reconhece que:

“os meios de que se utiliza a legislação para impedir crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas”. (BECCARIA, 2000, p.68)

⁵ A obra “Do espírito das Leis”, de autoria de Montesquieu publicada no ano de 1748. Nela o autor elabora conceitos sobre formas de governo e exercícios da autoridade política.

⁶ Obra “Dos delitos e das Penas” de autoria de Beccaria foi escrita em 1784 e tem como ponto de partida uma concepção estatal e laica do crime.

Tal princípio foi analisado pela primeira vez no Brasil em 1993, em sede de controle de constitucionalidade⁷ pelo Supremo Tribunal Federal. Este princípio preconiza que se resguardem os indivíduos de toda e qualquer intervenção desnecessária ou excessiva do Estado. Assim, haver uma proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato. Não é razoável causar danos aos indivíduos maiores que os indispensáveis a proteção dos interesses públicos, é preciso que se cause o menor prejuízo possível ao acusado. Desse modo, reconhece-se que “não constitui tal princípio um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito” (BONAVIDES, 2011, p. 401). O mesmo assunto, o autor afirma:

“Em nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele, o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. De tal sorte que urge, quanto antes, extraí-lo da doutrina, da reflexão, dos próprios fundamentos da Constituição, em ordem a introduzi-lo, com todo o vigor, no uso jurisprudencial”. (BONAVIDES, 2011, p. 434)

A esse respeito, percebe-se que:

“[...] com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências- crimes, vinganças e punições arbitrárias- que ele pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar. Enfim, é indispensável que os direitos fundamentais do cidadão sejam considerados indisponíveis (e intocáveis), afastados da livre disposição do Estado, que, além de respeitá-los, deve garanti-los”. (BITENCOURT, 2010, p. 58)

Posto dessa forma verifica-se que “Os principais limites, considerando que vivemos sobre a égide de um Estado Democrático de Direito, estão na própria Constituição Federal, de forma implícita ou explícita”. (DESTEFENNI, 2004, p. 39)

⁷ Ao deferir medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei 10248/1993, que determinava a obrigatoriedade da presença do consumidor no momento da pesagem de botijões de gás. Tal lei estadual foi julgada inconstitucional através da ADI 855, em março de 2008.

Ademais, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁸, prevê em seu art.15 que: “A lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito”. Assim, não se pode admitir que as penas aplicadas aos indivíduos sejam desproporcionais aos crimes que tenham cometido. E em caso de conflito de princípios, devera se usar o princípio da proporcionalidade, para que se possa estabelecer qual prevalecerá sobre os demais aplicáveis ao caso. (MOUGENOT, 2011)

Cabe frisar ainda, que “o princípio da proporcionalidade “determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato” (DAMÁSIO, 2010, p. 53). Dessa forma, não pode um dispositivo legal atribuir uma pena desproporcional com o delito praticado, como por exemplo, privar a liberdade do acusado, quando a lei dispõe de outra alternativa sancionadora.

1.4 Princípio da Subsidiariedade

Este princípio reforça a proteção aos direitos e liberdades fundamentais do indivíduo, tendo em vista que propõe a descentralização das estruturas de poder. Embora ele não se encontre expressamente disposto na Constituição brasileira, poderá ser invocado, uma vez que existem diversos dispositivos constitucionais que coadunam coma idéia de subsidiariedade, como exemplo os arts. 197, 205 e 206 da Constituição Federal. Nesse sentido, segundo o princípio em análise, O Direito Penal só deva intervir em “*ultima ratio*”⁹, depois de lançar mão dos demais ramos do direito para solucionar o conflito.

Com efeito, “a aplicação da subsidiariedade reforça a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa humana, uma vez que reclama a descentralização das estruturas de poder”. E “em uma só palavra, o princípio da subsidiariedade tem como principal fundamento a dignidade da pessoa humana, núcleo inatacável e irredutível da personalidade. Nada justifica violá-lo, ainda que em nome do interesse coletivo”. (MACIEL, 2004, p. 48)

⁸ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão é inspirada nas idéias do Iluminismo e da Revolução Francesa. Foi a base da Declaração dos Direitos Humanos promulgada pela Organização das Nações Unidas

⁹ Expressão latina que significa última opção de controle a ser adotada no direito penal.

1.5 Princípio da Individualização da Pena

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVI, dispõe que a lei regulará a individualização da pena. Nesse sentido é correto o entendimento de que as penas impostas aos infratores poderão não ser idênticas, mesmo que tenham praticado o mesmo crime. Conforme a doutrina assevera: “[...] cabe ao legislador, de acordo com um critério político, valorar os bens que estão sendo objeto de proteção pelo Direito Penal, individualizando as penas de cada infração penal de acordo com sua importância e gravidade”. (GRECO, 2007, p. 71)

No mesmo sentido, outro importante autor afirma que “o princípio da individualização da pena consiste na exigência entre uma estreita correspondência entre responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de repressão e prevenção”. (MORAIS, 2002, p. 235)

Seguindo a mesma linha de considerações, há autor que assegura que o princípio da proporcionalidade “tem estreitas relações com a natureza retributiva da pena. Se é uma resposta a uma ação ou omissão, enfim, ao ato delituoso, a pena deve obrigatoriamente guardar a proporção com o delito” (WEINMANN, 2004, p. 363). Reforçando o entendimento doutrinário, pode se extrair do seguinte julgado que o Superior Tribunal de Justiça posiciona-se da seguinte maneira frente ao princípio em análise:

“A individualização da pena é exigência do Código Penal, com assento na Constituição da República. Cumpre ao magistrado ponderar os requisitos mínimos do art. 59 do Código Penal. Em seguida, à pena-base, considerará circunstâncias agravantes e atenuantes. Por fim, causa de aumento ou diminuição. A sentença será fundamentada, exigindo-se como tal, explicitação dos fatos, de modo que se conheça como foram ponderados”. (STJ- RHC nº 0895-MG, 6ª Turma- Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, DJ de 1º/4/1991, p. 3427).

A tais argumentos deve ainda ser acrescentado, o art. 59 do Código Penal que dispõe sobre a individualização da pena, lembrando que o referido princípio constitucional, deverá ser adotado pela autoridade judiciária também ao se

impor as medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Segue literalidade do preceito normativo:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

1.6 Princípio da Posterioridade

O princípio em análise encontra-se disposto na Lei de Introdução ao Código Civil. Ele dispõe que determinada a lei posterior que trata do mesmo assunto de uma lei que já vigorava, derroga a lei anterior, podendo ser anunciado pela seguinte expressão *lex posteriore derogat lex anteriore*.¹⁰

Pertinente mencionar sobre o art. 2º deste dispositivo legal, qual seja Lei de Introdução ao Código Civil: “a lei terá vigor até que se modifique ou revogue”. Cumpre observar, que tal revogação pode ser total, denominada ab-rogação, ou ainda parcial, chamada de derrogação.

Em face das características do sistema jurídico brasileiro, o princípio em questão é adotado com muita frequência nas decisões judiciais, tendo em vista, ser uma forma de resolução, tendo em vista as constantes alterações que ocorrem nos dispositivos jurídicos.

“Decisão fundada na hediondez do delito. Possibilidade de concessão da liberdade provisória. Inteligência da lei nº 11.464/ 2007 que suprimiu a proibição aos crimes hediondos. Princípio da posterioridade adotado. Liminar conferida. Ordem concedida. TJPR Habeas Corpus Crime: HC 4926041 PR 0492604-1”.

¹⁰ Expressão latim que significa: Lei posterior revoga Lei anterior.

Dessa forma, verifica-se a existência no ordenamento jurídico brasileiro de princípios explícitos e implícitos, mas conforme dispõe o entendimento doutrinário e jurisprudencial, independente de estarem expressos ou não em dispositivos legais eles são o fundamento de todo o ordenamento jurídico. São de observância obrigatória pelo aplicador do direito. Assim, são “[...] normas que, por sua generalidade e abrangência, irradiam-se por todo ordenamento jurídico, informando e norteando a aplicação e a interpretação das demais normas de direito[...]”. (MOUGENOT, 2011, p. 66)

2 DA LIBERDADE PROVISÓRIA

A liberdade provisória é um instituto jurídico que tem natureza processual e cautelar e tem por objetivo possibilitar que o réu se defenda do processo em liberdade e não entra para o sistema prisional antecipadamente, no entanto, ele permanece ligado ao processo até o seu término. Por oportuno, destaca-se que tal liberdade é considerada provisória, pois o indivíduo continua ligado ao processo, sob pena de ter sua liberdade provisória revogada se deixar de cumprir o que lhe foi determinado. (CAPEZ, 2009)

Merece registro o seguinte entendimento doutrinário:

“Sabido que é um mal a prisão do acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito objetivo tem procurado estabelecer institutos e medidas que assegurem o desenvolvimento regular do processo com a presença do imputado sem o sacrifício da custódia, que só deve ocorrer em casos de absoluta necessidade”.(MIRABETE, 2003, p. 402)

A história da liberdade provisória remonta antiguidade como demonstrada abaixo:

“[...] a história da liberdade provisória remonta às primeiras organizações políticas da sociedade. Tanto assim, que na antiguidade clássica os membros do mais importante tribunal grego daquela época, os heliastas, narrado por Demosthenes, no discurso contra Timocrates, acentuavam nenhum cidadão ateniense podia ser preso antes de condenado [...]”. (BORGES, 2001, p. 22)

Como visto, a discussão sobre o direito a liberdade é antiga. E sempre de um lado se tem o indivíduo que possivelmente cometeu um ilícito penal e que, em tese, tem o direito de aguardar seu julgamento em liberdade, do outro temos a sociedade que receia ficar a mercê do infrator. Vale ressaltar, que diante da situação caótica do sistema carcerário no Brasil, os presos provisórios permanecem juntos com os presos já condenados e recebem o mesmo tratamento, assim é tratado como criminoso, quem ainda apresenta apenas um comportamento transgressor (BARATTA, 2002, p. 93). Nesse prisma, importante destacar: “[...] o poder de atribuir a qualidade de criminoso é detido por um grupo específico de

funcionários que, pelos critérios segundo os quais são recrutados e pelo tipo de especialização a que são submetidos [...]”. (BARATTA, 2002, p. 111)

Outro autor, citando Becker, afirma:

“Segundo Becker [...] uma vez adquirido o status de desviado ou delinquente, é muito difícil modificá-lo, por duas razões: a) Pela dificuldade da comunidade aceitar novamente o indivíduo etiquetado; b) Porque a experiência de ser considerado delinquente, e a publicidade que isso comporta, culminam em um processo no qual o próprio sujeito se concebe como tal”. (GRECO, 2005, p. 53)

Posto isso, vale ressaltar que o objetivo da prisão é retirar o indivíduo que infringiu a lei do convívio social, assegurando-lhe que será ressocializado e poderá voltar a conviver em sociedade.

Sendo a liberdade um dos direitos fundamentais do homem, natural deva a Constituição preservá-la e que “todas as legislações do mundo têm procurado, dentro do possível, medidas que garantam o comparecimento do acusado aos autos do processo sem os infortúnios da privação de liberdade”. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 691)

Reconhece outro ilustre autor a cerca da liberdade provisória:

“[...] a privação de liberdade deve ser sempre a exceção, daí porque dependente de ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente, e com base exclusivamente em razões de natureza cautelar. Dizemos com base em razão de natureza cautelar porque a imposição de prisão implica, por óbvio, uma restrição de direitos. Aliás, de direito fundamental”. (PACELLI, 2009, p. 471).

A questão das prisões provisórias ainda não tem uma solução definitiva, e muitas vezes, sujeita os acusados, sem necessidade, ao regime danoso dos cárceres, em que pese existir o princípio da presunção de inocência que os beneficia. Por meio de certas condenações antecipadas, impõe-se medidas prejudiciais e dispensáveis de restrição de liberdade do indivíduo que vão alcançar, de forma direta, a honra, a família e o patrimônio do Homem. (COSTA, 1997).

2.1 Das modalidades de Liberdade Provisória

Com advento da lei 12.403/2011, o Código de Processo Penal sofreu alterações acerca da liberdade provisória. Ficando estabelecido que quando estão ausentes os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva, o magistrado deverá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, impondo se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do diploma legal supramencionado.

São elencadas abaixo, as medidas cautelares previstas neste dispositivo legal e que deverão ser observadas e esgotadas pela autoridade competente antes de se decretar a prisão preventiva:

“Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX – monitoração eletrônica”.

Da análise do preceito normativo supramencionado, percebe-se que o legislador afastou a possibilidade de se decretar a prisão preventiva antes de verificar a possibilidade de adoção das medidas cautelares. Isso porque no ordenamento jurídico brasileiro prima-se pelo direito à liberdade. Nesse caso, o legislador ao adotar medida cautelar distinta da prisão, procurou diminuir a liberdade do indivíduo, sem a sua total privação.

Ressalta-se, no entanto, que tais medidas, alternativas à prisão, não constituem nenhuma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, antes, já são conhecidas de outros institutos como, por exemplo, no cumprimento da pena em regime aberto, livramento condicional e suspensão condicional do processo.

Oportuno ressaltar o entendimento da doutrina sobre a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança aos crimes hediondos e equiparados, no caso em análise, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes com o advento da lei Lei 11.464/2007:

“[...] com a edição da Lei 11.343/2006, cuidando das drogas ilícitas, buscou-se renovar a proibição de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, às hipóteses de tráfico de entorpecentes (art.44). No entanto, nem bem entrou em vigor, alguns meses após, surgiu a Lei 11.464/2007 retirando a proibição de concessão de liberdade provisória a todos os crimes hediondos e assemelhados, dentre estes o tráfico ilícito de drogas. Logo, por óbvio, cabe liberdade provisória a tais infrações penais”.(NUCCI, 2011, p. 638)

2.1.1 Liberdade Provisória sem fiança

Destaca-se que “a fiança é um direito subjetivo constitucional do acusado, que lhe permite, mediante caução e cumprimento de certas obrigações, conservar sua liberdade até a sentença condenatória irreversível”. (MIRABETE, 2003, p. 408)

O art. 310, inciso III do Código de Processo Penal¹¹ determina que o juiz deverá, fundamentadamente, conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

¹¹ Artigo alterado pela lei 12.403 de 04 de Maio de 2011

No mesmo sentido, o art. 350 deste diploma legal dispõe: “Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória [...]”.

Nesse íntere, fiança é “a garantia real, consistente no pagamento de quantia em dinheiro ou na entrega de valores ao Estado, com o fim de assegurar o direito de permanecer em liberdade durante o transcurso do processo criminal”. (NUCCI, 2011, p. 642)

Cabe frisar que o instituto supramencionado é também conhecido como liberdade provisória vinculada sem fiança, haja vista, apresenta os casos em que é possível conceder a liberdade desde que, a pessoa se comprometa a comparecer a todos os atos do processo ou inquérito e em caso de mudança da residência, deve ser informada a autoridade competente. Sobre esse assunto, verifica-se que:

“Em numerosas hipóteses, ainda que em princípio a infração não comporte fiança, pode o juiz, e somente ele, conceder a liberdade provisória, sem qualquer garantia de natureza pecuniária, exigindo, apenas, do indiciado ou réu, o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, sob pena de revogação”. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 693)

Dessa forma, é entendimento deste autor que ao juiz é atribuído o papel de verificar se a situação de fato preenche os requisitos legais para que possa ser concedido o direito à liberdade provisória. Não é possível admitir que o magistrado vede, sem nenhuma justificativa coerente, a concessão de tal benefício a quem está aguardando a conclusão de um processo criminal. Nessa linha de raciocínio, o correto seria exigir identidade de raciocínio e de aplicação da norma processual aos indiciados e acusados, não justificando a proibição da liberdade provisória, em decorrência, apenas, da prisão em flagrante pela prática de algum crime. (NUCCI, 2011)

2.1.2 Liberdade provisória com fiança

Inicialmente cabe destacar que a regra em nosso ordenamento jurídico e a liberdade provisória sem fiança, mas há casos em que a lei determinada

a necessidade da fiança. Sua finalidade é garantir a liberdade provisória do indiciado ou réu enquanto não se conclui o inquérito policial ou processo criminal. Entende-se que nesse caso, o indivíduo em virtude de entregar valores seus ao Estado estaria mais atento e interessado no desfecho do processo. Esta modalidade de liberdade provisória poderá ser concedida de ofício pelo juiz ou pela autoridade policial e nos casos expressos em lei poderá ser concedida isolada ou cumulada como outra medida cautelar prevista no já mencionado art. 319 do Código de Processo Penal.

Voltando a questão da importância dos princípios, cabe mencionar o que diz a doutrina sobre o assunto:

“A teoria dos princípios, porfiando contra o arbítrio, em verdade busca fazer com que eles se compadeçam com a normatividade e o exercício do poder, de conformidade com as mais arraigadas exigências da natureza humana, dando, assim, uma nova versão de legitimidade à ordem jurídica com fundamento na Constituição”. (BONAVIDES, 2011, p. 293)

Sendo assim, é razoável concluir que um ordenamento jurídico que prima pela aplicação dos princípios, não se deve privar sem nenhuma justificativa coerente e sem levar em consideração os princípios da presunção de inocência, da individualização da pena, da proporcionalidade, da subsidiariedade e da dignidade da pessoa humana, a liberdade de alguém que esteja esperando a conclusão de um processo criminal, sem que seja analisada, no caso concreto, a possibilidade de aplicar uma medida legalmente estabelecida diversa da prisão.

2.2 Das medidas cautelares diversas da prisão

Inicialmente, cabe mencionar que medida cautelar, é uma “[...] providência acautelatória, cuja finalidade é evitar a causação do dano ou lesão a algum direito ou interesse” (NUCCI, 2011, p. 642). Dito de outra forma, no âmbito jurídico a medida cautelar é um procedimento que tem por objetivo prevenir, conservar, defender ou garantir a eficácia de um direito.

A lei 12.403/ 2011 trouxe mudanças que favorecem o acusado da prática de uma infração penal ao frisar, o que já dispunha o texto constitucional, em seu art. 5º, LVII “ninguém será considerado culpado até transito em julgado da sentença penal condenatória”. Isto equivale dizer que a prisão processual é medida excepcional no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a presunção de inocência, valor maior.

A esse respeito, o art. 282 do Código de Processo Penal ao dispor da das Medidas Cautelares, dispõe:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - Necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Sobre tais medidas cautelares diversas da prisão, não são consideradas medidas automáticas é importante mencionar que elas restringem a liberdade do individuo, carecendo, portanto, de fundamentação, não podendo ser impostas pelo juiz sem que haja necessidade e adequação. (NUCCI, 2011, p. 621)

Vale acrescentar, que o § 6º deste mesmo dispositivo legal dispõe que será determinada “a prisão preventiva quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar.” Convém observar, por oportuno, que apenas nos casos em que não for recomendada nenhuma medida cautelar prevista na norma é que o magistrado poderá decretar a prisão preventiva do acusado da prática de algum ato ilícito.

Vale mencionar as hipóteses em que pode ser decretada a prisão preventiva, disciplinadas na nova redação dos arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal, quais sejam:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”.

A vista disso, percebe-se que “Nem sempre, entretanto, a existência desses requisitos implica a conveniência de que seja mantido o réu ou indiciado em cárcere” (MOUGENOT, 2011, p. 487). Sobre o mesmo assunto, outro doutrinador reconhece que:

“A mera repetição dos termos legais, entretanto, é inadmissível, dizendo o juiz, por exemplo, que decreta a prisão preventiva, tendo em vista que há “prova da materialidade”, “indício suficiente de ser o réu o autor” e “para garantir a ordem pública”, sem especificar em quais fatos se baseia para extrair tal conclusão”. (NUCCI, 2011, p. 611)

Caso seja lançada mão deste instituto, qual seja, prisão cautelar, deve ser precedida de ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, conforme dispõe o art. 93, inciso IX da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”. da mesma forma o art. 315 do Código de Processo Penal determina: “A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada”.

Assim, à vista do exposto, é imprescindível que a autoridade judicial antes de privar a liberdade de alguém que cometeu algum delito, demonstre suas razões, demonstre em quais fatos se baseia a decisão. Ressalta-se que o preceito constitucional contido no art. 5º, inciso LXVI, “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, foi reafirmado com a edição da lei 12.403/2011, que deixou claro que a prisão, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, deve ser a última medida a ser adotada.

Dessa forma, quanto aos fins do Direito Penal tem-se que “a missão do direito penal defende (a sociedade), protegendo (bens, ou valores, ou interesses), garantindo a segurança” (BATISTA, 2011, p. 108). Hoje, a tendência é buscar novos meios para sancionar os criminosos ao invés de isolá-los do convívio social.

Com referência ao direito penal, percebe-se que o estilo secundário dessa parte do direito em relação a outros modos de controle social, sucede da proibição do excesso, é desnecessária a privação da liberdade se há formas de se aplicar medidas menos severas e mais eficientes de intervenção e que não infringem o princípio da proporcionalidade (QUEIROZ, 2011). Ao se referir à ilegitimidade da prisão preventiva, a doutrina argumenta que aprisionar uma pessoa sem que ela tenha sido submetida a julgamento, é um ato arbitrário vai de encontro ao sentimento de justiça. (FERRAJOLI, 2006)

Pode-se perceber isso ao verificar que a origem das penas é anterior ao próprio surgimento da sociedade como a concebemos hoje, remontando aos mais remotos grupamentos de indivíduos, e estes lhe conferiam um caráter sagrado, pois o não cumprimento às obrigações devidas aos "deuses" fazia jus a graves castigos corporais podendo chegar até a morte. Como exemplo, pode-se citar a “Lei das Doze Tábuas”¹², o “Alcorão”¹³ e o “Tribunal da Inquisição”.¹⁴

¹² A Lei das Doze Tábuas surgiu em 500 a.C, foi escrita por dez legisladores de Roma e tratava da pena que deveria ser aplicada a quem cometesse algum delito na Roma Antiga.

¹³ O Alcorão foi escrito em 652 d.C. Tal lei fundamenta a organização do povo muçumano. O indivíduo que viola o Alcorão comete um pecado bem como infringe a ordem legal.

¹⁴ Tribunal da Inquisição foi instituído em 1252, pelo papa Inocêncio IV. As penas de humilhação, reclusão carcerária, trabalhos forçados e morte na fogueira poderiam ser aplicadas até mesmo as crianças e idosos.

A esse respeito, merecem destaque as palavras de Beccaria (1991, p. 65): “É, pois necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura no espírito dos homens [...]”. O mesmo autor continua afirmando que “Quanto mais a pena for rápida e próxima do delito cometido, tanto mais justa e útil ela será”. (BECCARIA, 1991, p. 83)

Em face de tais argumentos, percebe-se que a privação de liberdade de quem cometeu algum delito, deve ser fundamentada pela autoridade competente para tanto, uma vez que constitui restrição de um direito fundamental que é a liberdade de alguém que ainda não é considerado culpado da prática do ilícito, pois segundo dispositivo constitucional ninguém poderá ser considerado culpado, senão após trânsito em julgado de sentença condenatória.

Assim, a privação da liberdade, deve ter natureza cautelar tendo em vista que tal medida constitui antecipação do resultado do processo, seria como se ele estivesse sendo castigado antecipadamente. No entanto, em alguns casos pode-se chegar a conclusão de que o indivíduo é inocente, restando, como já foi mencionado anteriormente, restabelecer o indivíduo no estado *a quo*, podendo reclamar do Estado os prejuízos e os danos provenientes de uma prisão imerecida. Importante destacar decisão sobre o tema:

“A gravidade abstrata do delito atribuído ao paciente é insuficiente para a manutenção de sua custódia provisória. A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória do paciente deve ser devidamente fundamentada com dados objetivos do processo, sob pena de lhe causar ilegal constrangimento. A Lei 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II da Lei 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva. Precedentes desta 6ª Turma. Ordem concedida”. (HC 93.149/MG, Rel. Ministra Jane Silva TJ/MG, julgado em 25.02.2008, DJ 10.03.2008.

Merece registro o entendimento de outro renomado autor sobre a necessidade de se decretar a prisão provisória do acusado:

“a prisão provisória somente se justifica, e se acomoda dentro do ordenamento pátrio, quando decretada com base no poder geral de cautela do juiz, ou seja, desde que necessária para uma eficiente prestação jurisdicional. Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, a qual a prisão preventiva é espécie, não seria mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado”. (CAPEZ, 2011, p.297)

Nessa perspectiva, vale ressaltar que entende-se por *fumus boni iuris* a probabilidade de a ordem jurídica amparar o direito que, por sua razão, merece ser protegido, e por *periculum in mora*, o risco de perecer que corre o direito se a medida não for tomada para preservá-lo (GRECO FILHO, 1995, p. 233). No caso da privação de liberdade do indivíduo, tão somente porque uma lei, que teoricamente esta revogada, determina, não merece respaldo tendo em vista que não visa à efetiva prestação jurisdicional.

Como visto, com a edição da lei 12.403/2011, fruto de um projeto apresentado no Congresso em 2001, pretende-se abandonar a cultura da prisão compulsória, analisando caso a caso (NUCCI, 2011, p. 23). Nesse contexto, importante destacar os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

“1.A prisão processual é medida odiosa, marcada pelo signo da imprescindibilidade, sendo imperioso alinhar-se, para tanto, elementos concretos. 2.A simples menção, genérica, à aspectos como defesa da sociedade e à preservação da credibilidade da justiça não se prestam a cristalizar a necessidade da intervenção estatal, característica essencial das medidas cautelares penais”.(HC 106602 RJ 2008/0107061-5 Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura T6 – Sexta turma, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011.

“Com o advento da Lei 12.403/2011, a prisão provisória passou a ser a exceção da exceção, ou seja, impõe-se ao Magistrado antes de decretá-la, verificar diversas probabilidades, sendo elas o risco à sociedade, ao processo, ou à própria execução da pena, como observar se, ao final da persecução penal, poderá vir a ser aplicada pena privativa de liberdade suficiente para impor ao acusado a privação da liberdade. Sendo negativas as observações, a medida extrema não se mostrará adequada, devendo, quando cabível, ocorrer a imposição de uma ou mais das medidas cautelares, doravante previstas nos incisos do artigo 319 do Código de Processo Penal”. (HC 957538 SC 2011.095753-8, Rel. Jorge Schaefer Martins, Quarta Câmara Criminal (Janeiro) Julgamento:30/01/2012)

Assim, com a edição da referida lei instituíram novas medidas cautelares alternativas à prisão, sendo indispensável para a decretação dessas medidas a necessidade da investigação ou instrução criminal. Como toda e qualquer decisão judicial a decretação da prisão preventiva ao acusado deve ser motivada, deve subsistir razões suficientes para privar o indivíduo de sua liberdade. Vale mencionar, que como preceitua o art. 93, X da Constituição Federal todas as decisões dos órgãos do poder Judiciário serão fundamentadas. E essa necessidade é traduzida pelo “*fumus boni iuris*”¹⁵ e o “*periculum in mora*”.¹⁶

¹⁵ *Fumus boni iuris* é a expressão latina que significa sinal ou aparência de bom direito. É sinal ou indício de ser realmente o direito pleiteado.

¹⁶ *Periculum in mora* é a expressão que significa o perigo da demora. É o risco da decisão tardia. Perigo em razão da demora.

3 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/2006

A lei dos crimes hediondos (lei 8.072/90) em sua redação original vedava a possibilidade de concessão de liberdade provisória em crimes hediondos e equiparados. Assim dispunha o art. 2º da referida lei, que sofrerá alterações no ano de 2007: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória”.

No entanto, o art. 2º, inciso II desta lei teve nova redação dada pela lei 11.464/2007 que suprimiu o inciso referente à “liberdade provisória” deixando tão somente o inciso que trata da possibilidade de concessão de fiança para crimes hediondos e equiparados.

Nesse contexto, ressalta-se que crimes hediondos são “delitos repugnantes, sórdidos, decorrentes de condutas que, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva dos resultados, causam intensa repulsa.” (DAMÁSIO, 2010, p. 263) Nesse ínterim, há de se questionar se o fato de uma pessoa transportar determinada quantidade de droga, definida como ilícita pelo ordenamento jurídico, causa tamanha repugnância.

Com isso, existem entendimentos no sentido de considerar que art. 2º, inciso II da lei que trata dos crimes hediondos, se tornou impreciso, dando margem a intermináveis discussões doutrinárias e jurisprudências sobre a questão: se estaria ou não vedada a possibilidade da concessão de liberdade provisória, uma vez que a lei foi silente.

Ressalta-se que conforme dispõe a legislação sobre crimes hediondos, os crimes previstos nos arts. 33 e seguintes da lei 11.343/2006 (lei de drogas) são equiparados a hediondo. E caso seja razoável considerar que não existe ambiguidade no texto da lei, e, portanto estaria permitida a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, isto é, o ordenamento jurídico admite a concessão de liberdade provisória a todos os crimes de natureza hedionda e os equiparados.

Nessa linha de raciocínio, não é tolerável que tal benefício não se estenda ao crime de tráfico de entorpecentes, uma vez que não é aceitável que o legislador dispense um tratamento diferenciado, pois se trata de crime equiparado a hediondo e como tal, merecedor do mesmo tratamento dispensado aos demais delitos que se enquadram nessa categoria.

Assim dispõe a jurisprudência sobre o assunto:

“Habeas corpus.” Vedação absoluta em caráter apriorístico, da concessão de liberdade provisória. Lei de drogas (art. 44). Inconstitucionalidade. Ofensa aos postulados constitucionais da presunção de inocência, do “*due process of law*,” da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade. O significado do princípio da proporcionalidade, visto sob a perspectiva da “proibição do excesso” : fator de contenção e conformação da própria atividade normativa do Estado. Precedente do Supremo Tribunal Federal: ADI 3.112/DF (Estatuto do desarmamento, art. 21). Caráter extraordinário da privação cautelar da liberdade individual. Não se decreta a prisão cautelar, sem que haja real necessidade de sua efetivação, sob pena de ofensa ao “*status libertatis*” daquele que a sofre”. (STF- HC 96715- MC/SP- Relator min. Celso de Mello. DJE de 3.2. 2009)

A partir de tais argumentos, é possível, vislumbrar que com o advento da nova lei de drogas, o tráfico de entorpecentes passou a ser tratado com extremo rigor pelo legislador, e isso o fez sem nenhuma justificativa, pois nem mesmo o rótulo do delito como hediondo é impedimento para que o indivíduo não seja submetido a uma prisão cautelar, pois como já mencionado na análise do princípio da subsidiariedade, a privação da liberdade do acusado da prática de algum crime, constitui a última opção.

Não é demais lembrar que a proibição da concessão de liberdade provisória foi reiterada no art. 44 da lei 11.343/2006 (atual lei de drogas) que assim dispõe:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.

É verdade que ao proceder à análise do artigo 44, percebe-se que ele veda expressamente a concessão do benefício da liberdade provisória aos acusados da prática do crime de tráfico ilícito de drogas. Porém, “o poder de punir do Estado, para ser legítimo, não pode ser exercido arbitrariamente, estando sujeito a parâmetros, a limites”. (DESTEFENN, 2004, p. 39)

Porém, o referido artigo não pode ser o único fundamento utilizado pelo magistrado para indeferir o pedido de liberdade provisória ao acusado da prática de tráfico, haja vista que a proibição de concessão de tal instituto não pode ser considerada uma verdade indemonstrável que não pode ser refutada. E caso ocorra algum equívoco nesta privação de liberdade, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, dificilmente se consegue reparar o dano de forma satisfatória ao prejudicado. Sobre esse assunto, o autor afirma:

“A vedação de concessão de liberdade provisória, feita abstratamente, ou seja, por força de lei, sem qualquer consideração aos elementos concretos levados aos autos, implica a transferência da tutela dos direitos e garantias individuais (ou, das liberdades públicas) exclusivamente para o órgão da acusação e, por vezes, até para a própria autoridade policial”. (PACELLI, 2009, p. 488)

Importante frisar que a “jurisprudência brasileira é firme no sentido de que a gravidade em abstrato do crime não é suficiente para justificar por si só, a privação da liberdade individual”. (HC 100950/TO 8.10.2009. Relator Min. Celso de Melo). A jurisprudência também reconhece que:

“O art. 44 da Lei 11.343/06, não é suficiente para impedir a concessão da liberdade provisória. A decisão que decreta a prisão preventiva ou indefere a liberdade provisória, que deve estar atrelada aos requisitos previstos no artigo 312 do Código de processo penal, sendo imperiosa a necessidade de fundamentação da decisão, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida”. (HC nº 1.0000.08.481906-9/000(1), Des. Paulo César Dias, Julgado em 14/10/2008, Publicado em 19/11/2008).

Vale ressaltar, que ao analisar a legislação que alterou a lei dos crimes hediondos, percebe-se que houve um lapso temporal¹⁷ onde havia a

¹⁷ A lei 11.343/2006 entrou em vigor 45 dias após sua publicação, isto é, em 08/19/2006 e a lei 11.464/2007 passou a vigorar no dia da sua publicação, em 29/03/2007, portanto houve um lapso temporal de 171 dias em que existia a proibição de concessão de liberdade provisória nas duas leis.

proibição da concessão da liberdade provisória tanto na lei de drogas como na lei dos crimes hediondos. Porém tal situação não perdura nos dias atuais, tendo em vista a edição da lei que alterou a lei dos crimes hediondos.

No entanto, conforme já mencionado anteriormente, com a entrada em vigor da lei 11.464/2007, que alterou a lei dos crimes hediondos, a situação modificou, uma vez que a referida lei (11.464/2007) não mais proibia a concessão da liberdade provisória nos crimes hediondos e equiparados. Nesse sentido, percebe-se que claramente um conflito de leis penais¹⁸, onde a lei posterior (11.464/2007) teria derogado tacitamente¹⁹ o art. 44 da lei 11.343/2006, o qual proíbe expressamente a concessão do benefício da liberdade provisória. A esse respeito, a Lei de Introdução ao Código Civil, assevera:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Dessa forma, verifica-se que a revogação de uma lei pode ser expressa ou tácita. É expressa, quando a nova lei dispõe de modo taxativo que a lei anterior no todo ou em parte resta revogada. Ou ainda a revogação pode ser tácita, quando não expressa claramente, mas mostra-se incompatível com a lei anterior ou regula de forma diversa a matéria que tratava a lei anterior.

De todo modo, em virtude do conflito de normas, qual seja a lei de drogas e lei dos crimes hediondos, é aplicável ao caso o princípio da posterioridade²⁰ e não da especialidade²¹, já que a nova lei dos crimes hediondos (lei geral) trata da mesma matéria apreciada na lei especial antiga (lei de drogas), ficando demonstrado que no caso em análise, como já mencionado, a lei dos crimes

¹⁸ A lei 11.464/2011 que permite a concessão de liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados e por outro lado lei 11.343/2006 que veda tal benefício.

¹⁹ Significa modificar juridicamente uma norma ou revogá-la parcialmente. Pode-se dar de duas formas: expressa ou tácita. A expressa é quando a norma revogadora expressamente a revoga, tirando a norma revogada do mundo jurídico; Já a revogação tácita é quando parte da norma anterior for incompatível com norma de mesma hierarquia ou superior editada posteriormente.

²⁰ Princípio da posterioridade dispõe que a lei posterior derroga a lei anterior.

²¹ Princípio da especialidade determina que ha prevalência da norma especial sobre a geral: *lex specialis derogat legi generali*

hediondos teria revogado²² o art. 44 lei anterior (lei de drogas), deixando de existir a vedação para a concessão da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes.

Apesar das modificações inseridas na lei dos crimes hediondos, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo não ser a concessão de liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de drogas, indeferindo os pedidos por entenderam que o art. 44 da lei 11.343/2006 veda tal benefício, como se observa nos julgados a seguir:

“De qualquer modo, conforme pacificado no âmbito das duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, "A vedação da liberdade provisória a que se refere o art. 44, da Lei 11.343/2006, por ser norma de caráter especial, não foi revogada por diploma legal de caráter geral, qual seja, a Lei 11.464/07" (HC 93.000/MG, Rel.Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 074 de 25/04/2008). Por isso, "O STF tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei 11.343/06), o que é fundamento para o **indeferimento do requerimento de liberdade provisória** (norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP)" (HC 92.495/PE, Relª Minª Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 107 de 13/06/2008).

VI - Habeas Corpus denegado”.

Merece destaque igualmente o seguinte posicionamento:

“É firme a orientação jurisprudencial no sentido de que a vedação expressa da liberdade provisória nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes”. (Acórdão n. 582388, 20120020074324HBC, Relator Humberto Adjuto Ulhoa, 3ª Turma Criminal, julgado em 26/04/2012, DJ 02/05/2012 p. 191).

Recentemente o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, assim se posicionou:

²² Revogar significa tirar a validade por meio de outra norma. Assim a norma revogada sai do sistema, interrompendo o curso de sua vigência. Pode ser expressa ou tácita e total ou parcial.

“O artigo 44 da Lei 11.343/2006 proíbe expressamente a liberdade provisória no crime de tráfico, e a constitucionalidade da proibição legal decorre da própria inafiançabilidade do delito, prevista no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal”. (Acórdão n. 583695, 20120020075448HBC, Relator Jesuino Rissato, 3ª Turma Criminal, julgado em 26/04/2012, DJ 04/05/2012 p.356)

Observa-se ainda, que existe decisão monocrática proferida em 09.03.2009 na Suprema Corte concedendo o referido benefício. Assim julgou o Ministro Celso de Mello:

“Cumpre observar, ainda, por necessário, que regra legal, de conteúdo material virtualmente idêntico ao do preceito em exame, consubstanciada no art. 21 da Lei nº 10.826/2003, foi declarada inconstitucional por esta Suprema Corte. [...]”

Foi por tal razão, como precedentemente referido, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, rel. min. Ricardo Lewandowski, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003, (Estatuto do Desarmamento), em decisão que, no ponto, está assim ementada: “[...] V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.” (STF, HC 97976, Min. Celso de Mello)

Nessa linha de considerações é importante fazer referência e destacar o posicionamento do autor:

“a vedação de liberdade provisória (art. 44, Lei 11.343/2006), agravada com a inversão da regra constitucional que impõe a exigência de fundamentação de toda restrição de direitos (pela citada lei, o juiz teria de fundamentar a liberdade, e não a prisão), parece-nos inegavelmente inconstitucional”. (PACELLI, 2009, p. 489)

Antes, é necessário que se proceda a uma análise do caso concreto, ou seja, se faz indispensável à investigação das condições pessoais de cada acusado, privilegiando assim os princípios constitucionais da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Tal recomendação se torna evidente ao se verificar que a prisão é considerada pelo direito penal medida extrema, sendo assim denominada de a

última ratio,²³ tendo em vista, que o direito de ir e vir, “liberdade física” é garantia constitucional assegurada ao homem (PONTES, 1979, p. 295). Merecem registro, as considerações seguintes: “A liberdade individual, um direito constitucionalmente assegurado ao homem, é matéria que envolve discussão polêmica e atual. Abrange garantias individuais e princípios processuais; cuida do direito de ir e vir do cidadão”. (BORGES, 2001, p. 15)

Portanto, a proibição de concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de crimes previstos no art. 44 da lei de drogas tem sido alvo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Esse debate se intensificou com a promulgação da lei 12.430/2011 que estabeleceu novas diretrizes (medidas), no que diz respeito ao cabimento da prisão preventiva aos acusados da prática do crime de tráfico de entorpecentes.

Assim, “tratando-se de lei posterior, a legislação anterior com ela incompatível restaria revogada, de tal modo que também para os crimes de tráfico de drogas, de ser cabível a concessão de liberdade provisória”. Seguindo essa linha de raciocínio, o mesmo autor tece as seguintes considerações:

“Do mesmo modo, a Lei 11.343/06, dos crimes de tráfico de drogas, é também especial em relação àquelas gerais (Código Penal, etc.). Por que a Lei 8.072/90, mesmo após alteração trazida com a Lei 11.464/07, continua a se referir, expressamente, aos crimes de tráfico de drogas???”(PACELLI, 2009, p. 492)

3.1 Da possibilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos

Inicialmente vale ressaltar que muitos doutrinadores como Damásio, Luiz Regis Prado e Bitencourt tecem críticas quanto a nomenclatura, “Das penas restritivas de direitos”, utilizada pelo Código Penal. Entendem estes autores que a expressão mais adequada seria “penas Alternativas”.

O art. 43 do Código Penal dispõe sobre as penas restritivas de direitos adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro:

²³ *Última ratio* é uma expressão latina que se traduz literalmente por última razão ou último argumento possível.

“Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – VETADO;

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana”.

Ao seu turno, o art. 44 do Código Penal elenca os requisitos que permitem a aplicação da pena alternativa:

“As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I- Aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II- O réu não for reincidente em crime doloso;

A culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”.

Trata-se neste caso, de requisitos que levam em consideração à quantidade de pena aplicada, a natureza do crime cometido, ou seja, o “desvalor da ação” (BITENCOURT, 1999, p. 82), a modalidade de execução, bem como se o acusado é reincidente no mesmo crime. E por fim se analisa as circunstâncias judiciais favoráveis.

O art. 33, § 4º e o art. 44 da atual lei de drogas (Lei 11.343/2006) vedava expressamente a conversão de suas penas privativas de liberdade em restritivas de direitos, o que feria o princípio da individualização da pena, uma vez que não era dado ao magistrado a oportunidade de motivar a respeito do cabimento ou não de penas diversas da privativa de liberdade. *In verbis*:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-ao livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico”.

É pertinente mencionar o art. 5º, inciso X da Constituição Federal o qual assevera que “compete privativamente ao Senado Federal: suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Dessa forma, o Senado cumpriu sua função constitucional ao decretar a suspensão de parte do art. 33 § 4º e do art. 44 da mencionada lei, a qual proibia a conversão em pena restritiva de direito.

O Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado em um habeas corpus (HC 97.256), de relatoria do ministro Ayres Brito, a respeito da inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no caso dos condenados por tráfico de drogas.

“O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça

material". (HC 97256, Relator(a): Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2010)

O entendimento da Suprema Corte é que a não permissão ao uso de qualquer pena alternativa fere o princípio constitucional da individualização da pena, disposto no art. 5º, inciso XLVI: "a lei regulará a individualização da pena[...]". Nesse sentido art. 59 do Código Penal preconiza:

"Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível".

Porém com a edição da resolução 5 de 2012, do Senado , que fora publicada em 16 de fevereiro de 2012, a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", em homenagem ao princípio da igualdade teve sua execução suspensa. Foi estendido os efeitos do julgamento do HC 97256/RS, que beneficiava uma pessoa para demais condenados nos termos do art. 33 § 4º, já que o que é inconstitucional para um é para todo e qualquer indivíduo.

Assim assevera o ato do Senado Federal em sua Resolução nº5, de 2012:

"Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução de parte do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

O Senado Federal resolve:

Art. 1º É suspensa a execução da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão

definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS”.

Neste contexto, se faz pertinente a menção aos seguintes julgados sobre a cautelaridade da prisão preventiva:

“A gravidade do crime imputado, um dos malsinados crimes hediondos” (Lei 8.072/90), não basta à justificação da Prisão Preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento a do resultado do processo, a só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a Prisão Preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto, `ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (CF, art. 5º, LVII).” (RTJ 137/287, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)

No mesmo sentido, merece ressalva outro posicionamento:

“A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI a LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.” (HC 80.379-SP, Relator o eminente Ministro Celso de Melo)”

Assim, com a promulgação da referida resolução não há mais o que se falar em divergência jurisprudencial ou doutrinária no tocante a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, o que configura um avanço e reafirma a importância do princípio da individualização da pena, previsto na Constituição, já que não será todo acusado que fará jus a pena alternativa, mas tão somente aquele em que o encarceramento se faz necessário.

No entanto, permanece a discussão no tocante a concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de tal crime, o que parece um contrassenso, pois se o juiz perceber desde logo que o acusado não preenche os requisitos para a prisão preventiva, bem como vislumbrar, por meio da análise do caso concreto, que é possível, ao final, a conversão da pena privativa de liberdade em alguma das penas alternativas elencadas no art. 43 do Código Penal, não há o

que se falar em vedação da liberdade provisória somente em virtude da gravidade do crime, ou seja, por se tratar de crime hediondo, sem a devida fundamentação por parte do representante do órgão estatal, responsável por proferir a decisão, como se observa do seguinte julgado:

“Nos crimes de tráfico de drogas, mormente se praticados após a vigência da Lei n.º 11.343/2006, é proibida a concessão de liberdade provisória, razão pela qual o seu indeferimento não exige fundamentação concreta, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal” (grifos da autora). (Acórdão n. 582268, 20120020079362HBC, Relator Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, julgado em 26/04/2012, DJ 02/05/2012 p. 178).

CONCLUSÃO

A lei não pode eximir o juiz de ao sentenciar fazer uma análise do caso concreto e aplicar a sanção que ele considere mais adequada ao caso e desde que preenchido os requisitos estabelecidos em lei e não aplicar a sanção com fundamento único e abstrato na lei e na gravidade do fato, como vem acontecendo com as decisões jurisdicionais que vedam a concessão da liberdade provisória ao que cometem o crime de tráfico ilícito de entorpecentes. O juiz ao sentenciar deve ter discricionariedade para saber, se ao caso, é conveniente aplicar a pena alternativa ou se é caso de medida mais gravosa como o cárcere.

Ademais, o modelo adotado pelo Brasil não reduziu e nem eliminou a questão do tráfico de drogas no país, apesar de ter conseguido dar um tratamento diferenciado ao usuário de drogas, vislumbrando assim uma política de redução de danos, uma política proibicionista liberada²⁴. Porém, no tocante a figura do traficante, há um aspecto negativo, pois uma vez que a atitude do indivíduo configure tráfico ilícito de entorpecentes, não há outra medida a ser adotada pelo magistrado a não ser a prisão preventiva. No entanto, tal atitude constitui tão somente uma mera antecipação da pena, caso seja decretada a prisão cautelar sem analisar as particularidades de cada caso.

Assim não faz sentido vedar a concessão da liberdade provisória e encarcerar o indivíduo, tão somente porque o art.44 da lei 11.343/2006 determina, sem individualizar a pena, se ao final do processo o réu poderá fazer jus a pena alternativa. No mais, a nova redação do art. 2º da lei 8.072/90 que passou a ter a seguinte redação: “os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: fiança”, afastou a possibilidade de conceder a fiança, sem contudo, impedir a concessão de liberdade provisória sem fiança.

Dessa forma, verifica-se que uma lei infraconstitucional, a lei 11.343/2006 não poderia proibir a liberdade provisória em virtude do atual

²⁴ Vide os modelos de controle de drogas, na forma proposta por Luciana Botteoux em sua tese de doutorado intitulado “O controle penal sobre as drogas ilícitas: O impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade” Faculdade de direito da USP, 2006.

ordenamento constitucional brasileiro que tem como direito fundamental a liberdade como regra e a prisão como exceção, priorizando assim, o princípio da presunção de inocência e da necessidade de fundamentação das decisões judiciais dispostos na Constituição Federal/88. Vale ressaltar, que “em decorrência do princípio do estado de inocência a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar.

Além do mais, a Carta Magna em seu art. 5º, XLIII determina que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é inafiançável, por outro lado no inciso LXVI, deste mesmo dispositivo legal temos que “ninguém será levado a prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

No mais, não é razoável que se admita no ordenamento jurídico, onde os direitos fundamentais do indivíduo são resguardados da intervenção arbitrária do Estado, a existência de uma lei que vede a possibilidade de avaliação e fundamentação do órgão julgador, sendo tão somente reflexo da vontade do Poder Legislativo, violando o preceito constitucional que determina que é papel do juiz individualizar a pena, entenda-se também a medida cautelar, medida esta que deve ser aplicada de forma gradual.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal, por meio do HC 97.256 (já mencionado), declarou parte do art. 44 da lei de drogas, no tocante a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, inconstitucional. Sendo assim, existe grande possibilidade do acusado ficar preso preventivamente, (mesmo que ausente os requisitos que autorizam a prisão preventiva), durante todo o andamento do processo e ao final, se for condenado, ou seja, realmente culpado, receber uma pena de prestação de serviços à comunidade.

Nesse sentido, no Brasil se faz necessário uma revisão no texto legal, qual seja, art. 44 da lei 11.343/2006. É preciso uma política adequada à estrutura social, que respeite a dignidade da pessoa humana. Uma única forma de punir não considera desigual os desiguais. Não se pode punir com a mesma severidade os pequenos traficantes e pessoas de uma organização criminosa, não

se levando em conta as particularidades, ferindo assim os princípios constitucionais da individualização da pena, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tão somente em virtude da vedação prevista no art. 44 da lei 11.343/2006.

Assim, verifica-se que no tocante concessão da liberdade provisória aos acusados da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes se faz necessário uma análise por parte do magistrado das particularidades de cada caso em particular para que se possa conceder a liberdade provisória, ou em caso contrário a custódia cautelar, quando presente os requisitos da prisão preventiva, primando assim pelos princípios constitucionais, tendo em vista que é preciso defender o indivíduo dos excessos do Estado. Porém, para tanto se faz necessário parâmetros seguros que possibilitem qualificar quem é o pequeno, o médio e o grande traficante. Não se trata, portanto, de favorecer sempre o acusado, mas sim restringir sua liberdade somente quando necessário.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORGES, Fátima Aparecida de Souza. **Liberdade provisória**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA, José Armando da. **Estrutura jurídica da liberdade provisória**. Brasília: Brasília jurídica, 1997.

DESTEFENNI, Marcos. **O injusto penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal- parte geral**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, Vol. I.

_____. **Direito penal do equilíbrio**. Niteroi, RJ: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, Omar Severa. **Princípio de Subsidiariedade e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MELLO, Cleyson de Moraes e FRAGA, Telma Araújo Esteves. **Direitos humanos: coletânea de legislação**. Rio de Janeiro: Bastos, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Prisão e liberdade**. São Paulo: Revista dos tribunais. 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, Vol. I.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal. Parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

WEINMANN, Amadeu de Almeida. **Princípios de direito penal**. Rio de Janeiro: Universidade.